



Roj: **STS 1337/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1337**

Id Cendoj: **28079110012017100215**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2017**

Nº de Recurso: **2225/2013**

Nº de Resolución: **223/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11631/2013,**
STS 1337/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por las sociedades demandantes Lufercomp S.L. y Casgut Inversiones S.L., representadas por el procurador D. Fernando Lozano Moreno y bajo la dirección letrada de D. Pedro Luis Elvira Martínez, contra la sentencia dictada el 12 de julio de 2013 por la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 898/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 214/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Móstoles sobre nulidad de contratos de permuta financiera. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Alberto Narciso García Barrenechea y bajo la dirección letrada de D. Manuel Muñoz García-Liñán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de febrero de 2011 se presentó demanda interpuesta por las entidades Lufercomp S.L. y Casgut Inversiones S.A. contra Banco Santander S.A. solicitando se dictara sentencia por la que:

«1. Se declare la inexistencia y carencia de eficacia y valor alguno por inexistencia de consentimiento de los documentos objeto de este procedimiento.

»2. Subsidiariamente, y para el supuesto de que se entendiere de que existen estos contratos, se declare en todo caso la nulidad de los mismos por defecto y error grave de consentimiento.

»3. Se condene al Banco demandado a estar y pasar por tales declaraciones.

»4. Se acuerde la restitución recíproca de las cantidades percibidas con devolución de las que cada una de las partes hayan percibido efectivamente, se dejen sin efecto los cargos efectuados en la cuenta corriente de mis mandantes que la han situado en posición negativa, y abono, en todo caso, de los intereses y gastos derivados por la situación negativa de dichas cuentas todo lo cual sólo se puede determinar en el momento en que tenga lugar efectivamente, por lo que ha de fijarse en ejecución de sentencia.

»5. Se condene asimismo al banco demandado a que reintegre las cantidades que siga cargando en la cuenta de mis mandantes a partir de la fecha de presentación de esta demanda, desde que aquellos cargos se hicieren, más sus intereses legales desde su fecha de cargo hasta ejecución de la sentencia.

»- Que haga expresa imposición de costas a la demandada».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Móstoles, dando lugar a las actuaciones n.º 214/2011 de juicio ordinario, y emplazada la demandada Banco Santander S.A., esta



compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada- juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 19 de abril de 2012 con el siguiente fallo:

«Estimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador D. Miguel Torres Álvarez, en nombre y representación de LUFERCOMP, S.L. Y CASGUT INVERSIONES, S.L., contra BANCO SANTANDER S.A., representada por el Procurador D. Alberto García Barrenechea, debo declarar y declaro la nulidad de los siguientes C.M.O.F y sus correspondientes confirmaciones: a) Swap de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral y con Cap con Knock-out de fecha 19.12.07, suscrito entre Lufercomp, S.L. y la demandada, y b) Swap de tipos de interés con Opción de Conversión Unilateral y con Cap con Knock-out de fecha 19.12..07, suscrito entre Casgut Inversiones, S.L. y la demandada; y en su virtud, debo acordar y acuerdo que se proceda por las partes a la recíproca restitución de las prestaciones, viniendo obligada cada parte a reintegrar a la otra las liquidaciones respectivamente percibidas hasta la fecha de la presente resolución; más los intereses legales; con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada».

CUARTO.- Interpuesto por la demandada Banco Santander S.A. contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante y que se tramitó con el n.º 898/2012 de la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 12 de julio de 2013 con el siguiente fallo:

«1) Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad BANCO SANTANDER, S.A., frente a la sentencia n.º 84/2012, de 19 de abril de 2012, del Juzgado de 1ª Instancia n.º 5 de Móstoles, dictada en el procedimiento ordinario n.º 214/11, en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos revocar la indicada resolución judicial y desestimar la demanda.

»2) No procede imponer a las partes las costas procesales causadas en ambas instancias.

»3) Se acuerda el reintegro a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir».

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso de casación por interés casacional al amparo del art. 477.2-3.º LEC, en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, articulado en dos motivos.

El motivo primero se fundaba en infracción de los arts. 7 CC, 57 CCo, en relación directa con los arts. 78 y 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV) «vigente a la fecha de celebración de los contratos», del art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en adelante LDIEC), del art. 2 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, arts. 1, 4 y 5 de su anexo, y de los arts. 5, 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC).

El motivo segundo se fundaba en infracción del art. 1266 CC.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 20 de julio de 2016, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición interesando la desestimación del recurso por concurrir varias causas de inadmisión y por falta de interés casacional de sus dos motivos, con condena en costas a la parte recurrente

SÉPTIMO.- Por providencia de 6 de marzo del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 22, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error vicio del consentimiento, de dos contratos swap de tipos de interés celebrados con anterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- El 19 de diciembre de 2007 cada una de las entidades hoy recurrentes, Casgut Inversiones S.L. (en lo sucesivo Casgut) y Lufercomp S.L. (en adelante Lufercomp), suscribió con el Banco Santander S.A. (actual parte recurrida) un contrato marco de operaciones financieras (CMOF). Dichas sociedades tenían por objeto social la realización de trabajos de fotocomposición, composición, grabación, impresión y reproducción



de textos por cualquier medio, y la compraventa, promoción, construcción y explotación en régimen de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles.

2.- En esa misma fecha y a sugerencia de la entidad financiera, cada una de las referidas mercantiles suscribió con el citado banco un contrato denominado «confirmación de permuta financiera de tipos de interés (" Swap de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral y con Cap con *Knock-out* ")», con un nominal cada uno de ellos de 600.000 euros, fecha de inicio el 24 de diciembre de 2007 y fecha de vencimiento el 24 de diciembre de 2012.

3.- En ejecución de dichos contratos, a partir de diciembre de 2008 se giraron liquidaciones negativas por importe total de 34.395,07 euros por contrato.

4.- El 7 de febrero de 2011 Casgut y Lufiercomp demandaron a la referida entidad bancaria solicitando con carácter principal la nulidad radical de los referidos contratos por falta de consentimiento y, subsidiariamente, su anulabilidad por error vicio, en ambos casos con imposición de costas a la parte demandada. Alegaron, en síntesis, que la entidad bancaria, por cuya iniciativa y bajo cuyo asesoramiento habían contratado, había incumplido sus obligaciones legales al no informar a clientes no expertos en este tipo de productos complejos acerca de sus características, riesgos y coste de cancelación anticipada. Fundaban sus pretensiones en los arts. 1261 CC y siguientes y en los efectos restitutorios del art. 1303 CC .

5.- La entidad financiera demandada se opuso a la demanda negando que el consentimiento estuviera viciado. En síntesis, alegó: (i) que el producto se les ofreció por ser idóneo ante el elevado endeudamiento de las demandantes y el riesgo de que no pudieran hacer frente a sus obligaciones financieras en un escenario de previsible subida del Euribor; (ii) que se les ofreció cumplida información sobre los riesgos del producto, tanto con carácter previo a la firma, por parte del director de la sucursal bancaria, como a través de la propia documentación contractual, llegándose incluso a realizárseles el test de conveniencia (pese a no ser todavía legalmente exigible), del que resultó que las demandantes tenían experiencia en la contratación de productos similares y conocimientos financieros; y (iii) que en todo momento contaron con el asesoramiento de su directora financiera.

6.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de los referidos contratos por error vicio del consentimiento. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) el producto se comercializó a instancia de la entidad financiera, que lo consideró idóneo por el importante endeudamiento que tenían las demandantes, derivado de diversas operaciones de crédito suscritas tanto con la demandada como con otras entidades (préstamos hipotecarios y pólizas de descuento); (ii) la entidad bancaria no cumplió con los deberes de información contenidos en la normativa aplicable (pre-MiFID), pues no informó a sus clientes ni de la posibilidad de liquidaciones negativas ni del coste de la cancelación anticipada; (iii) en este sentido, la información precontractual se limitó a una llamada telefónica y a dos visitas del director de la sucursal con exhibición de documentación genérica, y la contractual fue excesivamente confusa, con referencias genéricas e imprecisas («pueden producirse liquidaciones negativas», «la cancelación anticipada puede implicar un "coste" para el cliente, remitiéndose a "los valores de mercado"»); (iv) los clientes no tenían la consideración de experto financiero, lo que exigía un mayor esfuerzo por parte del banco, y el test de conveniencia -no exigible a la fecha del contrato-, además de ser «extremadamente parco y genérico», se hizo en el mismo día de la firma, por lo que mal puede decirse que la entidad financiera evaluase las características del cliente y le ofertara un producto adecuado a sus necesidades y a su nivel de conocimiento, sin que en este sentido influyese que contara con una directora financiera; y (v) como consecuencia de todo ello, existió error excusable en la prestación del consentimiento por las clientes demandantes.

7.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la entidad bancaria demandada, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) la decisión del asunto debe partir de la doctrina fijada en resoluciones anteriores del mismo tribunal de apelación (SAP Madrid, sección 25.ª, n.º 53/2013, de 1 de febrero, rec. apelación 523/2012, y 19 de abril de 2013, rec. apelación n.º 721/2012) de que, atendiendo a su fecha de suscripción, los deberes de información de las entidades financieras en la contratación de este tipo de productos se regían por la normativa pre-MiFID, no obstante lo cual se hizo en este caso test de conveniencia; (ii) los clientes fueron advertidos de los riesgos derivados del mercado en la propia documentación contractual -folios 116 y 346 de las actuaciones, cláusulas contractuales y solicitud de suscripción, donde en concreto se les advirtió del riesgo de pérdidas ante la bajada de los tipos de interés; (iii) en todo caso, a la hora de excluir el error o apreciar su carácter inexcusable, es relevante el «perfil contable de la asesora interna de los representantes legales de las sociedades actoras, Directora Financiera aunque no llegara a constatarse que fuera economista», que les asesoró y permitió a los clientes comprender los términos de los contratos suscritos; (iv) dichas entidades contrataron por medio de su representante legal, con experiencia en el terreno de la contratación bancaria; (v) es aplicable también la doctrina sentada por la AP Asturias, sección 4.ª, en sentencias de 8 de enero y 13 de febrero de 2013, según la cual la conducta de las



demandantes, acudiendo al clausulado del contrato para hacer valer sus derechos, cuando ya eran plenamente conscientes de cómo operaba el producto, a fin de lograr su cancelación, determina que ejecutaron actos que presuponen la validez de lo convenido; y (vi) en consecuencia, no puede apreciarse error excusable.

8.- Contra la sentencia de segunda instancia las demandantes-apeladas han interpuesto recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, aludiéndose expresamente al carácter notorio («excepción de notoriedad» según la parte recurrente) de la contradicción doctrinal por cuanto, en casos idénticos, son multitud las sentencias que siguen el criterio jurídico de la sentencia recurrida y también multitud las que resuelven en sentido contrario.

SEGUNDO.- El recurso se articula en dos motivos.

El motivo primero se funda en infracción de los arts. 7 CC y 57 CCo en relación directa con los arts. 78 y 79 LMV «vigente a la fecha de celebración de los contratos», y de los arts. 48.2 LDIEC, 2 RD 629/1993, 1, 4 y 5 de su anexo y 5, 7 y 8 LCGC.

En su desarrollo se aduce, en síntesis, que no se comparte la conclusión o valoración jurídica alcanzada por la Audiencia a partir de los hechos probados (resumidos en el fundamento de derecho segundo de la sentencia apelada); que la sentencia recurrida se limita a decir que el banco demandado cumplió con su deber de información, pero sin recoger «de forma clara y contundente de qué manera se cumplió con ese deber» (pues se remite a actuaciones precontractuales que no se concretan y dice que se informó a la directora financiera, quien no reunía la condición de economista); y que en realidad el banco no cumplió con el deber legal de ofrecer una información clara, transparente y leal, infringiendo así normas imperativas, lo que determina la nulidad de los contratos por error vicio.

El motivo segundo se funda en infracción del art. 1266 CC. En su desarrollo se alega, en síntesis, que, respetando los hechos probados, no se comparte la conclusión jurídica sobre la inexistencia de error vicio excusable ya que, en supuestos similares, distintas audiencias han seguido el criterio opuesto, favorable a apreciar el error y su carácter excusable como consecuencia del incumplimiento por parte del banco de sus obligaciones de información.

Por todo ello solicita la revocación de la sentencia recurrida y la confirmación de la dictada en primera instancia.

En trámite de oposición la parte recurrida ha interesado la desestimación del recurso por razones de inadmisibilidad consistentes en falta de claridad expositiva, y también por falta de interés casacional de sus dos motivos, esencialmente por no justificarse formalmente y limitarse la parte recurrente a invocar sentencias de distintas Audiencias sin explicar en qué consiste la contradicción y cuyos fallos dependen de las concretas circunstancias del caso, de tal modo que la doctrina invocada como opuesta a la recurrida solo puede determinar una modificación del fallo impugnado mediante la omisión total o parcial de los hechos declarados probados.

TERCERO.- No se aprecian los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida porque, conforme al criterio sentado por esta sala en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso n.º 485/2012), asumido también, entre las más recientes, por las sentencias 11/2017, de 13 de enero, 2/2017, de 10 de enero, y 727/2016, de 19 de diciembre, «puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

En el presente caso procede aplicar dicho criterio por las siguientes razones:

1.ª) No se altera la base fáctica de la sentencia recurrida, sino que únicamente se impugna la valoración jurídica de los hechos probados. En este sentido, no es verdad que la parte recurrente se apoye en los hechos declarados probados en primera instancia prescindiendo de la base fáctica de la sentencia de apelación, pues aquellos fueron asumidos por esta (en el fundamento de derecho primero de la sentencia de segunda instancia se declaró: «hemos partir de la relación de hechos probados que se constató en el fundamento jurídico segundo de la expresada resolución judicial recurrida»).

2.ª) En el conjunto del recurso se citan correctamente como infringidas las normas sustantivas aplicables a las cuestiones objeto del proceso, en particular los arts. 78 y 79 LMV «vigente a la fecha de celebración de los contratos» y las normas reglamentarias que las desarrollan, en cuanto a los deberes de información que hubo de respetar la entidad bancaria, y el art. 1266 CC sobre los requisitos para la apreciación del error en el



consentimiento, preceptos que atañen directamente al caso en la medida en que el problema jurídico litigioso es precisamente el posible incumplimiento de las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera y su incidencia en el error invalidante del consentimiento.

3.ª) En consecuencia, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y no se altera la base fáctica de la sentencia, sino que únicamente se discute la valoración jurídica de los hechos, todo lo cual «ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas» (sentencia 667/2016, de 14 de noviembre), «adaptándose a la finalidad de los requisitos exigidos para el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, que permita establecer una doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos. Lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala, que permita también que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa» (sentencia 562/2016, de 23 de septiembre).

En atención a que el planteamiento de los dos motivos guarda una relación lógica, al referirse al alcance de los deberes de información y su incidencia en la adecuada formación del consentimiento, ambos se van a examinar conjuntamente (por ejemplo, sentencia 669/2016, de 14 de noviembre).

CUARTO.- Esta sala ya ha dictado un número muy considerable de sentencias, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de *swaps* de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión.

En casos como el presente en que resultaba de aplicación la legislación anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID (todos los contratos objeto de este proceso se suscribieron el mismo día 19 de diciembre de 2007 en que se publicó la Ley 47/2007), la citada doctrina ha apreciado la nulidad del contrato por error en el consentimiento cuando el error haya sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial, fundamentalmente en cuanto a los riesgos inherentes a los contratos de *swap* , tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación (entre las más recientes, sentencias 562/2016, de 23 de septiembre , 595/2016, de 5 de octubre , 668/2016 y 669/2016, de 14 de noviembre , 732/2016, de 20 de diciembre , 7/2017, de 12 de enero , y 10/2017, de 13 de enero).

De esta doctrina y en lo que ahora interesa, conviene destacar lo siguiente:

1. Por lo que respecta a los deberes de información de las entidades financieras en este tipo de contratos, se viene declarando que la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), tan solo acentuó las obligaciones de dichas entidades con respecto a sus clientes, pero no supuso una regulación realmente innovadora.

En este sentido, la ya citada sentencia, 10/2017, de 13 de enero , reitera que la normativa pre-MiFID «ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

[...]

»Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

»El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:



"1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"».

2. Sobre la posible incidencia en el error que tiene el incumplimiento de los referidos deberes de información, dicha doctrina jurisprudencial viene declarando:

a) Que el déficit informativo puede hacer presumir el error.

En el caso de los *swaps*, el incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los mismos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo.

La citada sentencia 10/2017, de 13 de enero, declara al respecto:

«[I]a entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

»A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

b) Que la obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente del cliente que excluya la excusabilidad del error.

La misma sentencia 10/2017 declara sobre este punto:

«No obstante, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios».

c) Que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos.

Así, la sentencia 727/2016, de 19 de diciembre, razona:

«Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que



la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

[...]

«Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo...[n]o se trata de que el Banco de Santander pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada».

En particular respecto del mismo banco aquí demandado-recorrido, considera que «no se trata de que el Banco de Santander pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada», y en el mismo sentido se pronuncia la posterior sentencia 7/2017, de 12 de enero .

La sentencia 2/2017, de 10 de enero , reiteró al respecto que:

«En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos».

En la misma línea, la sentencia 595/2016, de 5 de octubre , ya había puntualizado que «las menciones predisuestas en los contratos, conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de sesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. En las sentencias 244/2013, de 18 abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 222/2015, de 29 de abril , 265/2015, de 22 de abril , y 692/2015, de 10 de diciembre , entre otras, hemos considerado ineficaces las menciones predisuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y es que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento».

En suma, para excluir la existencia de error o su carácter excusable, no es bastante el mero contenido del contrato y su lectura por parte del cliente ni basta «una mera ilustración sobre lo obvio», es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, incluye advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

d) Que para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos

Según recuerda la ya referida sentencia 10/2017 :

«No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué



tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. [...] Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009».

La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el *swap* no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre , 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre , 676/2015, de 30 de noviembre , 2/2017, de 10 de enero , y 11/2017, de 13 de enero). En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., sentencias 676/2015, de 30 de noviembre , 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto» (sentencia 594/2016, de 5 de octubre).

QUINTO.- En aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial y dada la semejanza sustancial que presenta este recurso con los resueltos por las sentencias que conforman dicha doctrina, procede su estimación por las siguientes razones:

1.ª) Si partimos de los propios hechos probados en la instancia, no se aprecia que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que le incumbían, pues no consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales de los clientes para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a sus perfiles inversores ni que se ofreciera una información comprensible y adecuada sobre las características del producto y sobre los concretos riesgos que podía comportar su contratación, incluyendo el coste de cancelación. Como ya se ha dicho, la información debida va más allá de una mera ilustración sobre lo obvio y se traduce en una obligación activa para la entidad financiera que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual ni encuentra paliativo en la posibilidad de que el cliente pueda obtenerla por su cuenta por medio de asesoramiento externo.

Los *swaps* litigiosos fueron suscritos a instancia del banco y se justificaron por el elevado endeudamiento de las demandantes a consecuencia de las operaciones de financiación tanto con el banco demandado como con otras entidades financieras. La información precontractual se limitó a una llamada telefónica previa a dos visitas realizadas por el director de la sucursal bancaria con la que venían operando, que no consta que fuera más allá de una presentación genérica de los productos que iban a suscribir, sin entrega previa de documentación para su estudio y examen. Tampoco el test de conveniencia -no exigible en la fecha de contratación de los productos- resulta determinante a estos efectos, por ser excesivamente parco y genérico y porque además se hizo casi simultáneamente a la firma de los contratos. Y ese déficit informativo no desapareció en el momento de la firma de los contratos porque en ningún momento se ha probado que por parte de un empleado del banco con conocimientos específicos sobre este tipo de productos (conocimiento que no tenían los clientes) se hiciera algo más que la entrega de la documentación contractual, ni que se informara con claridad sobre el concreto riesgo que asumían las demandantes (importantes liquidaciones negativas) en caso de bajada del Euribor (lejos de cualquier referencia a previsiones futuras, que eran las que podían concretar el riesgo que el cliente asumía al suscribir la operación, tan solo consta una referencia genérica en la documentación contractual a la posibilidad de que se produjeran liquidaciones negativas) y sobre el coste de cancelación anticipada, que fue conocido mucho tiempo después, ya que en el contrato solo aparecía la insuficiente referencia «a precio de mercado».

2.ª) La falta de prueba del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable, sin que los razonamientos en sentido contrario de la sentencia recurrida encuentren respaldo en la jurisprudencia de esta sala.

3.ª) Así, no se compadece con la doctrina jurisprudencial antes expuesta el argumento de que las entidades demandantes contrataron representadas por personas que, por su experiencia -en la gestión empresarial y específicamente, en la contratación de productos bancarios-, pudieron conocer la naturaleza, características y riesgos de los *swaps* litigiosos. No consta que los representantes legales de las mercantiles recurrentes tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos, más allá de los usuales del mundo de la empresa, ni experiencia previa con *swaps* , limitándose su experiencia a operaciones de crédito y préstamo cuyas características y riesgos eran muy distintos. La experiencia ligada a la gestión ordinaria de la empresa, incluyendo la relación con bancos o la contratación de otros productos de naturaleza bien distinta, no



presupone los específicos conocimientos que son necesarios en esta materia ni, por tanto, es relevante para excluir el error o su carácter excusable.

Tampoco es determinante para excluir el error y su excusabilidad que dichas empresas contaran con una directora financiera pues, además de que no era economista y de que no se desprende de su titulación profesional y cargo que tuviera los específicos conocimientos requeridos para la contratación de esta clase de productos, debe recordarse que el deber de información es una obligación activa y que es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información impuesta por la normativa legal, y no el cliente -no profesional del mercado financiero y de inversión- el que deba averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Por tanto, la posibilidad de que el cliente pudiera tomar la iniciativa y proporcionarse información no eximía al banco del cumplimiento de sus deberes de información.

De igual forma, contradice la jurisprudencia el argumento relativo a la suficiencia del contenido contractual, pues el deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de *swap*. La sentencia recurrida se apoya en el contenido del contrato y, en particular, en el tenor literal de las cláusulas adicionales incorporadas al mismo para deducir que hubo información suficiente, pero la doctrina jurisprudencial de esta sala considera que la existencia de una estipulación de este tipo, según la cual las partes manifestaban conocer y aceptar los riesgos inherentes o que pudiera derivarse del producto contratado, no eximía al banco del deber de informar de forma clara, sencilla, en forma adecuada y comprensible sobre tales riesgos, ni le eximía tampoco de las consecuencias derivadas de su incumplimiento, pues su inclusión en el contrato no garantizaba que el cliente comprendiera verdaderamente la naturaleza y los riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa al respecto, ofrecida con la debida antelación suficiente a la firma del contrato. Ni tan siquiera la transcripción de posibles escenarios se ha considerado suficiente si no va acompañada de una explicación verbal que permita comprobar que se han comprendido los riesgos (sentencia 607/2016, de 7 de octubre , con cita de la 689/2015, de 16 de diciembre).

4.ª) Por otra parte, basta con leer los documentos contractuales para comprobar que aparecen plagados de anglicismos como *floor* , *cap* , *call* , *put* , *forward* , *commodity swap* , *equity swap* , *equity index swap* , *asset swap* y otros varios, incluido *cap con knock-out* , no poco pintoresco por su evocación de *ko* y las consecuencias que los *swaps* podían acarrear; y para comprobar, también, que si la finalidad principal de estos productos era proteger a los clientes frente a una arriesgada posición crediticia, el propio contenido del contrato, de haber llegado a entenderse, sería totalmente contraindicado para esa finalidad.

5.ª) En conclusión, la entidad financiera demandada-recurrida incumplió los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos, y esto incide directamente en la excusabilidad del error porque si los cliente estaban necesitados de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado de los clientes sobre los concretos riesgos asociados al producto y sobre su coste de cancelación era excusable.

SEXTO.- Dado que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala sobre las normas citadas en el recurso en materia de *swaps* procede estimar ambos motivos y el recurso de casación, anular la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada para, así, confirmar la sentencia de primera instancia.

En este sentido, no procede acoger la impugnación subsidiaria del recurso de apelación del banco demandado (motivo segundo) referente a la no imposición de las costas de primera instancia, porque, partiendo de que la razón decisoria de la sentencia de primera instancia no radicó en la ausencia de consentimiento sino en que el mismo estuvo viciado por error, lo que exceptúa la aplicación del principio del vencimiento objetivo no es la simple existencia de dudas, sino que el tribunal aprecie, y así lo razone, que existen serias dudas de hecho o de derecho (sentencia 298/2016, de 5 de mayo), lo que no puede deducirse automáticamente de la mera complejidad del asunto (sentencia 675/2015, de 9 de diciembre) ni de la mera existencia de resoluciones dispares de Audiencias Provinciales en esta materia, pues esto último no ha impedido a esta sala imponer las costas de la primera instancia al banco demandado en litigios resueltos en esa instancia en fecha similar o incluso anterior a la fecha en que se dictó la sentencia que ahora se confirma (por ejemplo, sentencia 694/2016, de 24 de noviembre , que confirmó la sentencia de primera instancia dictada con fecha 13 de septiembre de 2011 , y sentencia 601/2016, de 6 de octubre, por la que se confirmó la sentencia dictada en primera instancia con fecha 18 de octubre de 2011).

SÉPTIMO.- Conforme al art. 398.2 LEC , la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.



De conformidad con el art. 398.1 LEC , en relación con su art. 394, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada, dado que el recurso de apelación tenía que haber sido desestimado.

Conforme a la d. adicional 15.ª 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala

ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por las demandantes Lufiercomp S.L. y Casgut Inversiones S.L. contra la sentencia dictada el 12 de julio de 2013 por la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 898/2012 . **2.º**- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º**- En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la demandada Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada el 19 de abril de 2012 por la magistrada-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Móstoles en las actuaciones de juicio ordinario n.º 214/2011, que se confirma íntegramente, incluido por tanto su pronunciamiento sobre costas. **4.º**- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, e imponer a la parte demandada-apelante, hoy recurrida, las de la segunda instancia. **5.º**- Y devolver a la entidad recurrente el depósito constituido. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.